

La construcción de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*

Book review: The construction of an *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

DOI: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.46.8819>

Leonardo García Jaramillo**

* Armin von Bogdandy, Héctor Fix Fierro, Mariela Morales (coords.) (2014). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos. México D.F.: UNAM-IIIJ – Instituto Max Planck de Derecho Público, Comparado y Derecho Internacional. 525 pp.

Agradezco al árbitro anónimo de la revista por su rigurosa revisión de la primera versión de esta reseña.

** M.A., con énfasis en estudios políticos, Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). M.A., Università di Génova (Italia). Profesor, Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT, y editor de *Co-herencia. Revista de Humanidades*. Autor de *Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México D.F., UNAM-IIIJ, 2015). Dirección: carrera 49 n° 7 sur-50 (38-331). Medellín (Colombia). Tel.: 4-2619500, ext. 9774. lgarciaj@eafit.edu.co

REVISTA DE DERECHO

N.º 46, Barranquilla, 2016

ISSN: 0121-8697 (impreso)

ISSN: 2145-9355 (on line)

La globalización del derecho, que ha creado e intensificado patrones particulares de desarrollo para el derecho constitucional, es un fenómeno incuestionable e irreversible. Es una verdad evidente sobre todo en el derecho constitucional latinoamericano en el que un canon afín de teorías jurídicas europeas y norteamericanas ha adquirido particular relevancia en la configuración de las agendas locales de investigación, doctrina y jurisprudencia, pero que durante las últimas décadas se han sometido a intensos procesos de resignificaciones. Normas y teorías, a pesar de haber surgido dentro de prácticas jurídicas particulares, viajan y son receptadas en otros contextos donde son recibidas creativamente para responder a nuevos desafíos de cara a la pobreza, la desigualdad, el hiperpresidencialismo y los problemas de la representación política deficitaria.

La interamericanización del derecho –como conceptualiza Morales Antoniazzi– promueve la creación de un derecho constitucional común latinoamericano que, a su vez, propicia la confluencia entre el constitucionalismo regionalmente configurado, el derecho internacional público como tal y el discurso sobre los derechos humanos. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina*” (ICCAL) es un concepto útil para comprender este complejo fenómeno de interamericanización académica y judicial del derecho. Procura igualmente proyectar rumbos de acción hacia un constitucionalismo transformador de las desigualdades sociales y políticas que aquejan a los países de la región.

En ejecución del proyecto que desarrolla el concepto se han realizado eventos académicos que han convocado a académicos de diversas latitudes, así como a magistrados de distintas cortes nacionales y de la Corte Interamericana. El libro *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos* presenta los últimos desarrollos del concepto y constituye su principal esfuerzo sistematizador. Está estructurado en tres secciones que responden con precisión a igual número de temas que constituyen las unidades centrales de análisis del ICCAL: “Construcción del *Ius Constitutionale Commune*”, “Contexto

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2016
Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2016

y problemas comunes” y “Presente y futuro”. Los 17 capítulos están precedidos de una Introducción de Dieter Nohlen en la que presenta algunas reflexiones sobre el principio mayoritario y la democracia presidencial en América Latina, las cuales lo conducen a criticar formas de medición de la calidad democrática de las elecciones a partir de su criterio de rendimiento. Uno de los “rankings” que se guía por este factor ubica a Cuba en el medio con otros países con moderada integridad electoral, a pesar de que solo en la isla no se realizan elecciones libres.

El proyecto se enfoca en las nuevas formas de comprender, analizar y proyectar debidamente los elementos medulares del derecho público en el contexto de los procesos de globalización económica y jurídica del mundo occidental, a partir de un abordaje sistémico entre los órdenes normativos nacional y local en lo relativo a la protección de los derechos humanos. Al libro lo transversaliza la convicción compartida según la cual el derecho constitucional desempeña un rol fundamental en los complejos procesos de transformación, tanto del orden jurídico como de la realidad social.

Su cometido pionero hacia la descripción y el análisis de los orígenes, evolución, características, desafíos y destinos posibles del derecho constitucional latinoamericano –como analiza Rodolfo Arango en su contribución– hace del ICCAL el enfoque más ambicioso y con mayor proyección de los que actualmente propugnan en la región por un constitucionalismo transformador en el contexto de la interamericanización del derecho.

Hechos de distinta naturaleza constituyen el punto de partida del concepto. El primero es el hecho social de pobreza y desigualdad en la región. El segundo es el hecho político en virtud del cual los órganos representativos han mostrado desidia, incapacidad o inacción para acometer reformas sociales urgentes, lo cual a nivel inmediato se refleja en una deficiencia de políticas públicas estructurales y un desencanto respecto a la política. Esto último ha derivado en una baja participación política, que se manifiesta en abstención electoral y falta de interés por la *res* pública. Un tercer hecho sería el institucional, que refleja la

esperanza social fincada en los jueces y los tribunales constitucionales para remediar distintos problemas, lo cual se refleja en su activismo.

La conjunción de estos tres hechos, en países con constituciones normativas y derechos vinculantes, ha derivado en un inédito protagonismo judicial y en un empoderamiento político del juez que, en el contexto de la interamericanización del derecho, reclama por un diálogo entre cortes para no repetir experiencias desafortunadas del pasado, pero sobre todo para aprender de la experiencia regional en la solución de nuestros problemas más acuciantes. La cuestión nodal sería cómo el derecho positivo –la normativa y su concreción jurisprudencial–, tanto local como regional, y la doctrina constitucional que se ha construido en torno a ella pueden contribuir a transformar realidades sociales y políticas concretas.

El núcleo común del ICCAL está representado por objetivos, conceptos medulares y características, que esta reseña procura precisar, describir y articular. Entre los objetivos fundamentales se encuentra la *garantía de los derechos humanos*, el *robustecimiento de la democracia* y la *consolidación del Estado de derecho*. El potencial emancipador del derecho en contextos de graves violaciones a los derechos humanos y constituciones progresistas articula otro objetivo central: el desarrollo del *Estado abierto* o la *estatalidad abierta*. Acuñado por Klaus Vogel, refiere a la decisión constitucional a favor de la apertura del derecho nacional al derecho internacional. En virtud del Estado abierto, el sistema jurídico dispone de canales para el influjo del derecho internacional público como fuente a partir de las cláusulas de apertura o reenvío, que son las disposiciones constitucionales que permiten interpretar armónicamente su texto con otros textos (un texto normativo concreto, un conjunto de textos normativos, un principio derivado de la jurisprudencia interpretativa como la igualdad o la dignidad humana, o un conjunto de principios como los del derecho internacional).

Mariela Morales examina el alcance del Estado abierto como objetivo central del ICCAL, en particular respecto del impacto que en su configuración y garantía tienen las sentencias de la Corte Interamericana.

El logro de este objetivo de desarrollar el *Estado abierto* conduce necesariamente a reconocer un concepto central en la teoría del Estado. La *soberanía* nacional no explica ya por sí sola las influencias y las relaciones a partir de las cuales se crea y desarrolla el derecho nacional. Se ha transformado para acoger estándares más complejos respecto del cumplimiento de principios fundamentales como los consagrados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobre lo cual el capítulo de Flávia Piovesán es destacable. Los crímenes del nazismo obligaron a repensar y a cuestionar el dogma del Estado soberano y el principio de no interferencia en las cuestiones nacionales.

El ICCAL aborda el impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la configuración de un derecho constitucional común, destacando las transformaciones que ha promovido. Para analizar estos logros propone una tipología de casos sobre cinco categorías de violación de los derechos humanos. Violaciones que reflejan: el legado del régimen autoritario dictatorial, cuestiones de justicia transicional y desafíos acerca del fortalecimiento de las instituciones, así como violaciones a los derechos de grupos vulnerables y a los derechos sociales.

La idea de soberanía se ha permeabilizado para filtrar al derecho interno estándares normativos formales, provenientes de la jurisprudencia interamericana, de los comités y sentencias de otros tribunales; como informales a partir de la intensificación del diálogo entre las altas cortes nacionales y con la Corte Interamericana. La progresiva efectividad del diálogo jurisdiccional ha derivado en un empoderamiento del Sistema Interamericano y en una creciente legitimación social de su rol democratizador en la región (Piovesán y García Ramírez coinciden en destacar este punto).

Sobre todo en materia de derechos humanos las fronteras no son ya las de los Estados sino las del conocimiento común compartido acerca de una idea de dignidad humana que ha evolucionado del ideario político a la dogmática jurídica para sustantivar el discurso jurídico de protección y promoción a los derechos humanos. Ya no es la soberanía la que restringe la garantía de los derechos, sino que los derechos condicionan la soberanía nacional respecto de normas jurídicas y prácticas

administrativas que están ahora sometidas a un control adicional respecto de los tradicionales controles de legalidad y constitucionalidad, como es el control difuso de convencionalidad que contribuye a configurar y expandir el derecho constitucional común.

Sobre el control de convencionalidad, frente a la autoridad de la cosa juzgada internacional, y otros aspectos como la eficacia de la sentencia interamericana, resulta de particular interés la reproducción del voto razonado de Ferrer Mac-Gregor a la Resolución de la Corte sobre la supervisión de cumplimiento de sentencia en el *Caso Gelman*.

La idea del Estado abierto conduce a defender la *comparación jurídica* como herramienta en la construcción y consolidación de precedentes judiciales. La importancia de la perspectiva comparada radica en el conocimiento de otros sistemas y otras experiencias judiciales en un mundo interconectado jurídicamente. Una vez que se sustentan las ideas del Estado abierto, la reconfiguración del principio de la soberanía nacional y la comparación jurídica, toma fuerza la idea del *diálogo*, que entre todas las formas que puede tomar (entre académicos u organismos del Estado), el ICCAL prioriza entre tribunales.

El comparativismo jurisprudencial, propiciado por el diálogo judicial, el activismo académico, las ONG y el litigio estratégico, generará mejores formas de creación del derecho local en la medida en que se aprovecharán experiencias vividas en otros contextos para evitar errores y promover aciertos ante fenómenos como la contención al hiperpresidencialismo y la creatividad en la aplicación de la normativa constitucional garantista en contextos de pobreza y desigualdad.

El deber de corrección y fundamentación de las sentencias conduce a los tribunales nacionales a consultar precedentes de la Corte Interamericana y otras cortes. La perspectiva dialógica se ha incorporado recientemente con fuerza al debate constitucional para cuestionar y criticar el juriscentrismo nacional en la configuración del derecho constitucional, es decir, la esperanza desmedida en las capacidades ju-

diciales para transformar a la sociedad en las condiciones sociales de la población desprotegida, por ejemplo¹.

Respecto de otro de los conceptos medulares, ningún proyecto que sustente un constitucionalismo transformador en América Latina, donde muchas estructuras sociales se han construido de espaldas a grandes colectivos sociales, sería defendible si no incorporase una concepción acerca de la *inclusión* en los sistemas social, económico y político. La inclusión plantea sobre todo desafíos a la transformación social mediante el constitucionalismo, en la garantía a los derechos sociales como precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad.

La lucha contra la desigualdad es entonces esencial para alcanzar una verdadera autonomía. Para Arango, los tres principios fundamentales que configuran el marco donde se libra esta lucha son: los derechos fundamentales, la democracia y la justicia constitucional. En la región se ha acogido ampliamente la tesis de la concepción integral de los *derechos* fundamentales, en virtud de la cual todos, sean de libertad o sociales, pueden adquirir estatus iusfundamental. Defiende una concepción social de la *democracia* por sobre otras, como la deliberativa (que a su juicio es demasiado ideal para ser sensible a sectores sociales tradicionalmente discriminados). La adopción de la fórmula política del Estado social y democrático de derecho exige al Estado intervenir en la economía y en el proceso político para asegurar los fines sociales esenciales. La garantía para la realización de estos dos principios: los derechos y la democracia, es la jurisdicción constitucional, cuya función es resguardar la primacía de las normas constitucionales sobre las demás normas de los ordenamientos jurídicos nacionales.

¹Para una perspectiva proactiva de la función judicial en el marco de las políticas públicas, pero consciente de sus capacidades y restricciones institucionales, véase Henao, J. C. (2013). El juez constitucional: un actor de las políticas públicas. *Revista de Economía Institucional*, 15, 29.

En una interesante contribución sobre diversos problemas teóricos y prácticos sobre la igualdad, Laura Clérico y Martín Aldao proponen una concepción de la igualdad como redistribución/reconocimiento para lograr paridad participativa. Revisan las fórmulas tradicionales de la de igualdad para reinterpretar el desafío de la inclusión en clave de igualdad en el contexto del derecho constitucional interamericano. Esta idea de inclusión no puede omitir la fórmula de la igualdad, las concepciones y el alcance de la exigencia de igualdad aplicada.

Una adecuada concepción de los derechos como fenómenos complejos por la que progugna el ICCAL es central para resolver el conflicto que surge por las competencias del tribunal constitucional y el Congreso, así como para distensionar la relación entre el constitucionalismo (los principios y valores) y la democracia (el principio de autogobierno colectivo y la regla de mayorías); entre lo que pueden hacer las mayorías directamente o por intermedio de sus representantes, y la concepción de las normas de derecho iusfundamental como límites a la voluntad política mayoritaria. La debida delimitación de los espacios de acción institucional entre los jueces y el legislador es una condición necesaria para hacer realidad el respeto y la vigencia de los derechos fundamentales.

La intencionalidad colectiva que se ha alcanzado en las últimas décadas a favor de la realización de los derechos humanos (por ejemplo, frente a la erradicación de toda forma de discriminación) debe continuar avanzando para alcanzar nuevos progresos frente a los desafíos que plantean la desigualdad en el ingreso y los déficit en la representación política. El inmenso trecho que falta por andar en la región hacia el cumplimiento de las provisiones que reconocen los derechos hace necesario un concepto como el que se propone desde el ICCAL, que a su vez motiva a una agenda progresista en términos de la necesaria consolidación de la sociedad civil para la efectividad de los reclamos en términos de políticas públicas. Central en este punto son las ideas de igualdad e inclusión, que van más allá de prohibir la discriminación.

La exclusión contribuye también, de manera determinante, con la propagación de la violencia y su transformación en un fenómeno estruc-

tural. Estructuras criminales bien organizadas y financiadas, en el contexto de la incapacidad del Estado para desarticularlas, han propiciado o facilitado la búsqueda de formas privadas de justicia y la organización de grupos armados irregulares para proveer algunos de los servicios que el Estado no logra hacer. Esta violencia, generada en parte por la exclusión, ha debilitado profundamente la institucionalidad en los países de la región.

El método como opera el derecho constitucional en sede judicial debe pasar del activismo judicialmente ensimismado a uno más en sintonía con las perspectivas constitucionales de otros actores. La legitimidad democrática del constitucionalismo radica en que las sentencias surjan no solo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el poder judicial y otras ramas del poder público, asociaciones civiles, partidos políticos, *think tanks*, movimientos sociales, centros de investigación, ONG y el poder judicial en conjunto. En contextos de constitucionalización del derecho, desarrollo de la normativa material de la constitución y judicialización de la política, el poder judicial debe moderar su activismo progresista y ser sensible, o receptivo, hacia la sociedad civil organizada. Como la Constitución tiene que inspirar lealtad a pesar del desacuerdo sobre su significado, debe ser democráticamente legítima, debe reflejar nuestros valores incluso en el contexto de controversias culturales.

A medida que los países dotan a sus constituciones de la máxima validez formal, incluyen un robusto catálogo de derechos, consagran mecanismos judiciales para propender por su efectiva garantía, se establecen altos tribunales para implementar las provisiones constitucionales y se incorporan estándares internacionales debido, por ejemplo, a la interpretación que de la Convención Americana hace la Corte Interamericana, la política tiende a judicializarse y el poder judicial adquiere un mayor protagonismo. En un contexto de roles judiciales proactivos y activistas se suele escuchar que estamos ante una democracia judicial o frente a la dictadura de los jueces.

Con sus decisiones sensibles a la democracia, los tribunales muchas veces contribuyen a impulsar a la sociedad hacia un determinado rumbo, pero, de otro lado, una opinión pública impulsada o ilustrada por la academia que crecientemente se expresa por los medios de comunicación y difunde sus estudios por otros medios distintos de los especializados, puede también conducir a los tribunales a tomar determinado curso de acción. Esta última dimensión resulta esencial en la justiciabilidad de los derechos sociales porque, como hay ya suficiente acervo casuístico para demostrarlo, el trabajo judicial, por bien fundamentado y enfocado que esté, no será efectivo a menos que cuente con un respaldo político y popular. En América Latina contamos con buenos ejemplos acerca de cómo importantes elementos del derecho constitucional han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización de distintos grupos: los homosexuales en Argentina y Colombia, los indígenas en Ecuador y Bolivia, y los estudiantes en Chile.